

Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina:
Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos

Evan Epstein
Stanford Law School
Rock Center for Corporate Governance

May 2016

Working papers are in draft form. This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.

It may not be reproduced without permission of the copyright holder(s).

Rock Center for Corporate Governance at Stanford University

Stanford Graduate School of Business

655 Knight Way, C214

Stanford, CA 94305-7298 USA

rockcenterinfo@law.stanford.edu • <http://www.law.stanford.edu/>

Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina: Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos

International Anti-Corruption Efforts and Focus on Latin America: FCPA and the New DOJ Voluntary Disclosure Pilot Program

RESUMEN: Este artículo analiza la ley de prácticas corruptas en el extranjero de los Estados Unidos ("FCPA"), su aplicación en América Latina, y el nuevo programa piloto del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ("DOJ"), anunciado el 5 de abril de 2016, que busca incentivar a que las empresas informen voluntariamente y auto-denuncien sus infracciones de FCPA, cooperen con el DOJ y remedien cualquier falta o defecto en sus controles y sistemas de cumplimiento. El artículo recopila datos desde una nueva base de datos de la Universidad de Stanford llamada "*Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*". Entre 2006 y 2016, se cuentan 54 casos donde el DOJ y la Comisión de Valores de los Estados Unidos ("SEC") han interpuesto acciones legales en contra de empresas o individuos por infracciones de FCPA en la región. La mayor cantidad de infracciones han tomado lugar en México (12), Argentina (10), Brasil (8) y Venezuela (8). En total, los casos se reparten en 12 países.

El artículo también discute los efectos de gobierno corporativo en las empresas respecto al hecho que las autoridades norteamericanas, lideradas por el DOJ y la SEC, han tomado un rol mucho más activo en fiscalizar pagos indebidos a funcionarios extranjeros cubriendo no sólo a individuos y empresas de los Estados Unidos, sino que también a un grupo cada vez mayor de individuos y empresas extranjeras (no norteamericanas).

Palabras clave: FCPA, Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, América Latina

ABSTRACT: This article focuses on the Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"), its application in Latin America, and the Department of Justice's ("DOJ") new one-year pilot program, announced on April 5, 2016, to encourage companies to self-report violations of FCPA and to cooperate with the DOJ's Fraud Section. Using data from the newly launched Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse at Stanford Law School, we take a look at enforcement actions from the DOJ and the SEC involving Latin America for the period 2006-2016, showing that there are 54 cases involving FCPA violations in the region, mostly originating from Mexico (12), Argentina (10), Venezuela (8) and Brazil (8). The cases are distributed in 12 different countries in the region.

The article also discusses some corporate governance implications of how US enforcement agencies, led by the DOJ and the SEC, are stretching their enforcement powers to reach not only US individuals and companies, but also an increasingly wide set of foreign individuals and entities that could be held liable under US laws for improper payments of foreign officials.

Keywords: FCPA, Foreign Corrupt Practices Act, Latin America

Author:

Evan Epstein

Executive Director

Rock Center for Corporate Governance

Stanford Law School

559 Nathan Abbott Way

Stanford, CA 94305

(650) 724 2879

evan.epstein@law.stanford.edu

Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina: Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos

Evan Epstein*

Mayo 2016

Si hay un tema que está remeciendo fuertemente al mundo corporativo son los casos de corrupción. Y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“DOJ”) está tomando un rol cada vez más activo en perseguir estos crímenes¹, particularmente cuando involucren pagos corruptos a funcionarios públicos extranjeros y las conductas ilícitas tengan alguna conexión con los Estados Unidos, por más leves o tenues que parezcan.

A pesar que existen varias normas internacionales de anti-corrupción como la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)², la Convención Anti-Cohecho de la OECD (1997)³, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)⁴ y la Ley Anti-Corrupción del Reino Unido (2010)⁵, además de las normas de anti-corrupción aplicables a cada jurisdicción en particular, las autoridades norteamericanas han tomado un rol central en perseguir la responsabilidad individual y corporativa en casos de corrupción a funcionarios extranjeros. Quizás el caso FIFA demuestre en cierta medida el interés y la voluntad del DOJ de perseguir conductas ilícitas de corrupción que ocurran no solamente en los Estados Unidos, sino que también en el extranjero, por muy complejas y distantes que parezcan⁶.

La ley usada por el DOJ y la Comisión de Mercado de Valores (“SEC”) para sancionar a las personas y entidades (tanto civilmente como criminalmente) por sobornos a

*Executive Director, Rock Center for Corporate Governance, Stanford University. Quisiera agradecer a las siguientes personas por sugerencias y comentarios a versiones anteriores de este artículo: Joseph Grundfest, Dan Siciliano, William Garrett, Kristen Savelle, Juan Carlos Sánchez, Sergio Stone, Diego Gil McCawley, Fernán Restrepo y Francisco Moreno Guzmán.

¹ “El soborno a funcionarios extranjeros para obtener o retener ventajas en los negocios crea un problema criminal serio y sistémico, a nivel global. Daña a aquellos que se quieren ceñir a las normas, le quita recursos a las comunidades, e infringe el Estado de Derecho”. *The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance*. US DOJ, Criminal Division, Fraud Section (April 5, 2016) “Programa Piloto y Guía” <https://www.justice.gov/opa/file/838386/download>

² Ver https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/336/IACAC_SP.pdf

³ Ver https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

⁴ Ver https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

⁵ Ver http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf

⁶ El caso FIFA no involucra infracciones de FCPA, pero si demuestra la intención y el alcance jurisdiccional del DOJ. Ver <https://www.justice.gov/opa/pr/sixteen-additional-fifa-officials-indicted-racketeering-conspiracy-and-corruption>

funcionarios extranjeros⁷, es la ley de prácticas corruptas en el extranjero (“FCPA”)⁸, una legislación vigente desde 1977 que sanciona también a cualquier emisor de valores en los Estados Unidos que no prevenga o detecte pagos indebidos en (1) sus libros y registros, y/o (2) sus sistemas de controles de contabilidad interna.⁹

La ley FCPA se puede dividir en dos partes: 1) las disposiciones anti-soborno, que generalmente prohíben el pago de “*cualquier cosa de valor*”¹⁰ a funcionarios extranjeros para obtener o retener negocios, y 2) las disposiciones contables, que requieren que los emisores preparen y mantengan libros, registros y cuentas (“*books and records*”), y desarrollen y mantengan sistemas de controles de contabilidad interna suficientes (“*internal controls*”) para prevenir o detectar pagos indebidos.

La ley FCPA es aplicable a la siguiente categoría de personas y entidades: (1) individuos que sean ciudadanos norteamericanos o residentes, y entidades de los Estados Unidos (y los funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen a nombre de dichas entidades) (“*consorcios nacionales*”), (2) todos los emisores de valores en los Estados Unidos (empresas que transen en bolsa, incluyendo a las empresas extranjeras que transen valores en los Estados Unidos,

⁷ El término “*funcionario extranjero*” significa cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma.

⁸ *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.*

⁹ El DOJ y la SEC comparten autoridad para perseguir las infracciones de FCPA. También hay varias otras agencias federales que pueden colaborar en la investigación de estos casos (la FBI tiene divisiones especializadas de FCPA, el *Department of Homeland Security* y la *IRS* también investigan regularmente casos de FCPA). El DOJ tiene jurisdicción penal y en estos casos lo ejerce a través de su “Unidad FCPA” que funciona dentro de la Unidad de Fraudes de la División Criminal del DOJ. En cambio, la SEC sólo tiene jurisdicción civil sobre los emisores y los funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúan a nombre del emisor. En 2010, la SEC creó su propia “Unidad FCPA”.

¹⁰ La ley es bastante amplia en este sentido, en algunos casos puede tratarse de pagos de dinero en efectivo (a veces pagados a gestores o intermediarios a título de “consultorías” o “comisiones”), pero también pueden referirse a pagos por viajes, obsequios, descuentos, uso de materiales, instalaciones o equipamientos, gastos de entretenimiento, hospedajes, promesas de empleo a futuro, etc. Independientemente del monto (la ley no fija un monto mínimo), para infringir las normas de FCPA “*el pago debe contener una ‘intención corrupta’, es decir, debe existir una intención de influenciar inapropiamente a un funcionario extranjero. El DOJ y la SEC se reservan la discreción de decidir qué casos justifican ser investigados en base a sus prioridades. Pero en general, el DOJ y la SEC solo han fiscalizado pagos de menor cuantía y obsequios cuando comprometan una conducta sistemática y de larga duración que evidencian un esquema para corromper a funcionarios extranjeros. Estas evaluaciones son hechas necesariamente caso a caso.*” “FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. “FCPA Guide”. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

por ejemplo a través de ADRs¹¹), y los funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen a nombre del emisor (“emisores”), y (3) cualquier extranjero (persona que no sea un consorcio nacional o emisor) cuyas conductas en el territorio de los Estados Unidos encaucen un pago indebido (“*jurisdicción territorial*”).

Es importante destacar que el DOJ y la SEC han interpretado la jurisdicción territorial de manera amplia¹², e incluyen factores como “*la realización de una llamada telefónica o el envío de un correo electrónico, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de los Estados Unidos (...) o por la transmisión de una transferencia bancaria desde o hacia un banco de los Estados Unidos u otro uso del sistema bancario estadounidense o un viaje por las fronteras estatales o internacionales desde o hacia los Estados Unidos*”¹³. En un caso reciente, el DOJ alegó como argumento de jurisdicción territorial que los pagos de soborno fueron denominados en dólares de los EEUU, y que las comunicaciones concernientes a dichas operaciones fueron hechas, en parte, usando correos electrónicos cuyos servidores se encontraban en EEUU.¹⁴ La SEC también ha alegado jurisdicción por servidores de correos electrónicos en EEUU, y por lo menos una corte ya ha acogido dicho argumento como un nexo suficiente.¹⁵

Una persona o entidad extranjera también puede ser responsable “*si ayuda o instiga, conspira o actúa como agente de un emisor o consorcio nacional, independientemente de si el propio extranjero o la propia empresa ejecuta alguna acción en los Estados Unidos*”¹⁶.

Mas aún, las autoridades norteamericanas han declarado categóricamente su intención de perseguir agresivamente infracciones de FCPA alrededor del mundo. De hecho, en los últimos años el DOJ y la SEC han demandado a un número cada vez mayor de empresas extranjeras, y ocho de las diez multas más altas por infracciones FCPA han sido interpuestas en contra de empresas extranjeras, como se puede apreciar en el siguiente gráfico.

Gráfico 1: Las Diez Multas Más Altas a Empresas por FCPA (Global):

¹¹ Muchas empresas de América Latina transan *American Depositary Receipts* (“ADRs”) en EEUU, y por lo tanto están sujetos directamente a la normativa FCPA. A la fecha de este artículo, hay un total de 167 empresas de la región en esta categoría: Argentina (17), Brasil (81), Chile (12), Colombia (4), Ecuador (1), México (36), Panamá (3), Perú (5), y Venezuela (8). Para ver una lista completa, ver <http://topforeignstocks.com/foreign-adrs-list/>

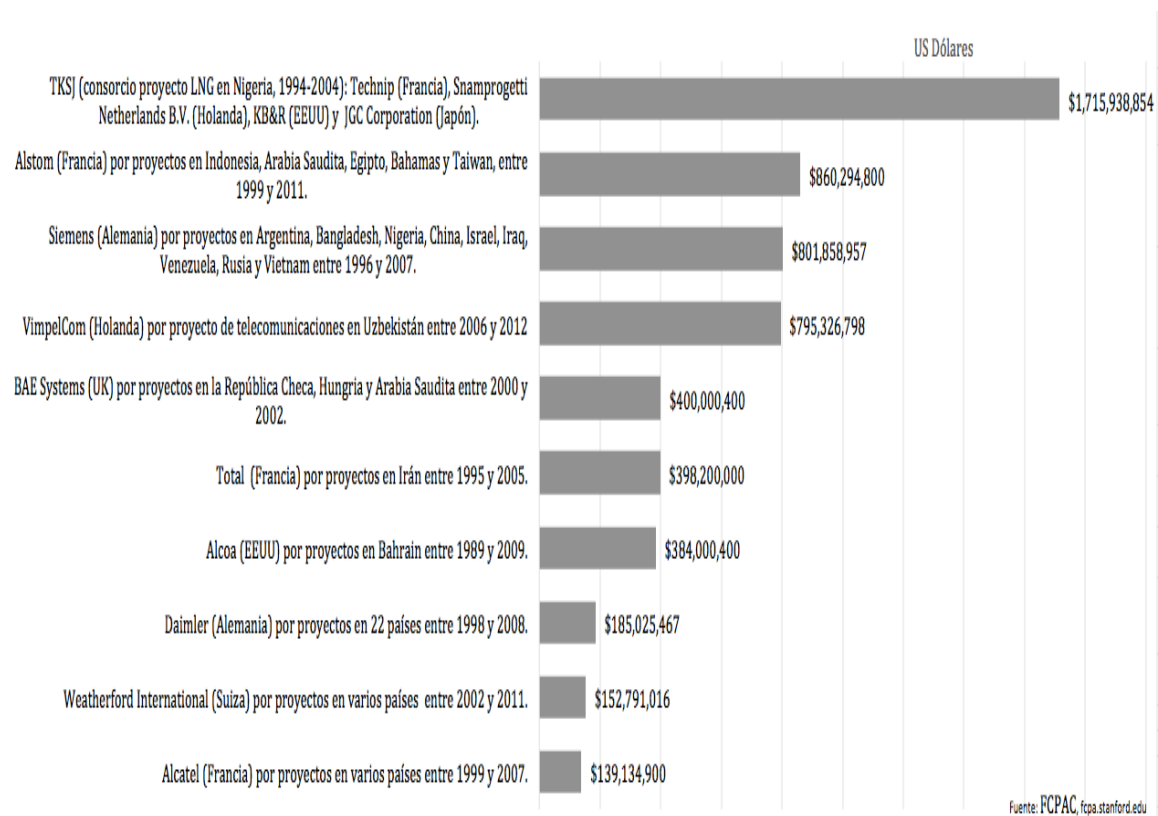
¹² Los límites y principios de territorialidad y jurisdicción rara vez son litigados en las cortes, ya que la mayor parte de las demandas llegan a acuerdo entre las partes antes de ir a juicio.

¹³ Supra. Ver FCPA Guide.

¹⁴ En este caso, VimpelCom, una empresa holandesa, fue condenada por pagar sobornos, entre 2005 y 2012, a funcionarios públicos de la agencia de telecomunicaciones de Uzbekistán. Ver *United States of America v. VimpelCom Ltd., et al.* (2016)

¹⁵ *Memorandum and Order at 17, SEC v. Straub, No.11 Civ. 9645 (S.D.N.Y. Feb. 8, 2013), ECF No.48.*

¹⁶ Ver FCPA Guide.



Con el objetivo de realizar investigaciones sobre los casos de FCPA, la Universidad de Stanford, a través de su *Rock Center for Corporate Governance*¹⁷, con el apoyo de la firma Sullivan & Cromwell¹⁸, acaba de inaugurar una nueva base de datos llamada *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*¹⁹ (“FCPAC”) que contiene todos los casos de FCPA que el DOJ y la SEC han perseguido en contra de empresas e individuos desde 1977. Y los datos, sobretodo de la última década, son bastante impresionantes: a la fecha, se contabilizan 268 casos²⁰ perseguidos por el DOJ (de los cuales 74% han llegado a acuerdo) y 177 casos perseguidos por la SEC (de los cuales 88% han llegado a acuerdo.)²¹ Hay más de 300 personas que han sido demandadas individualmente, y más de 50 personas que han sido condenadas a penas privativas de libertad, algunos cumpliendo condenas de hasta 15 años de

¹⁷ *The Arthur and Toni Rock Center for Corporate Governance* es el centro de investigación conjunto de las Facultades de Derecho (Stanford Law School) y de Negocios (Stanford Graduate School of Business) de la Universidad de Stanford. <http://rockcenter.law.stanford.edu/>

¹⁸ Ver www.sullcrom.com

¹⁹ Ver <http://fcpa.stanford.edu/>

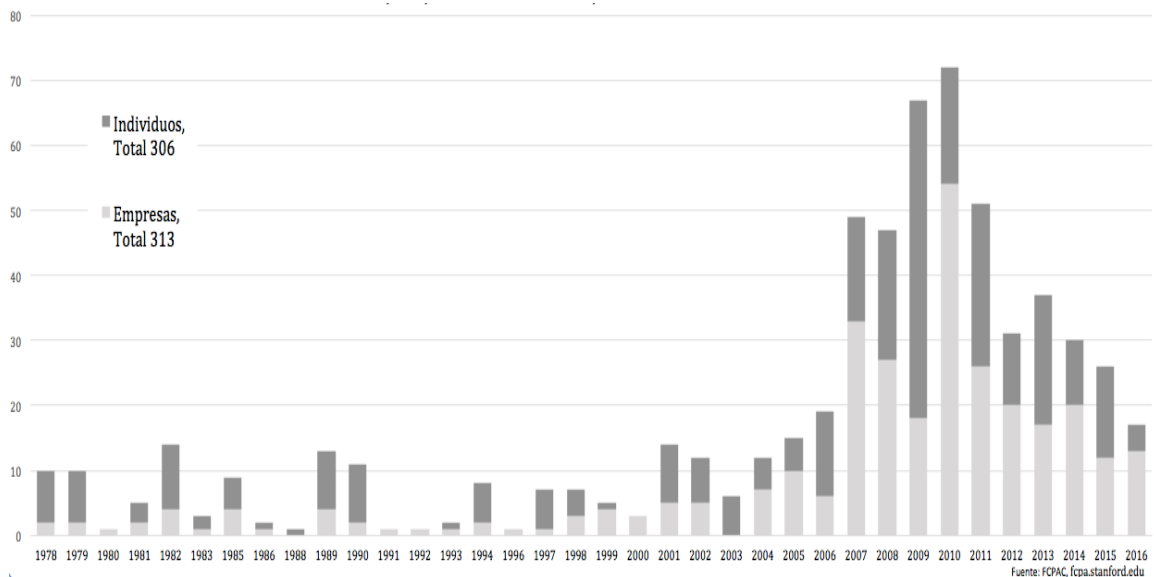
²⁰ La definición de un “caso”, y cómo se aplica a esta base de datos, además de otras definiciones pertinentes, se pueden encontrar en <http://fcpa.stanford.edu/resources/about-the-fcpac-datasets-definitions.pdf>

²¹ La alta cifra de acuerdos se debe al hecho que las personas y empresas acusadas por infringir las normas de FCPA, por motivos evidentes, han preferido evitar ir a juicio por estas causas y llegar a un acuerdo con el DOJ y la SEC.

prisión²². Además, hay más de 300 empresas demandadas y el total de multas impuestas ascienden por sobre los US\$8.000 millones, una enorme cifra que sigue en aumento. Y esta cifra excluye los costos legales que incurren las empresas para lidiar con estas demandas, los que han llegado a montos que muchas veces superan con creces a las multas impuestas²³.

Pero si bien la ley de FCPA está vigente desde 1977, las demandas por infracciones a esta normas aumentaron de manera considerable sólo a partir de la década pasada²⁴, como se puede ver en el siguiente gráfico:

Gráfico 2: Individuos y Empresas Demandadas por Infracciones FCPA, 1977-2016



Los casos de infracciones de FCPA en América Latina no son pocos. Entre 2006 y 2016, se cuentan 54 casos donde la SEC y el DOJ han interpuesto acciones legales en contra de empresas o individuos por infracciones de FCPA en la región. La mayor

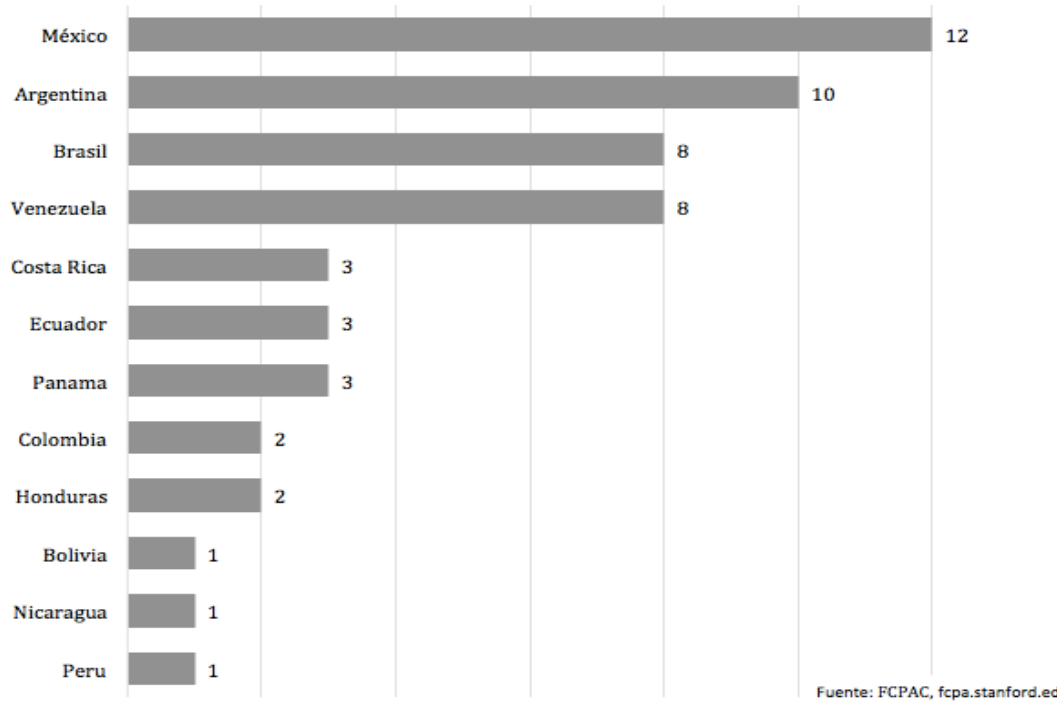
²² Joel Esquenazi, el ex Presidente de Terra Communications Corp, fue condenado en 2011 a 15 años de cárcel y multado US\$3,9 millones (junto al ex Vicepresidente de Terra, que también fue condenado a 7 años de cárcel) por infringir normas de FCPA al hacer pagos indebidos a funcionarios públicos de la empresa estatal de telecomunicaciones haitiana DHaiti S.A.M. (Haití Teleco). Ver *United States of America v. Joel Esquenazi, et. al (09-cr-21010)*

²³ Por ejemplo, los costos legales de la empresa alemana Siemens para lidiar con sus infracciones FCPA y acusaciones de corrupción superaron los mil millones de dólares. Por otro lado, Walmart en Mexico, que todavía se encuentra bajo investigación por sus infracciones de FCPA en ese país, ya ha gastado más de seiscientos cincuenta millones de dólares solamente en costos legales. Ver <http://on.wsj.com/1GljEyS>

²⁴ Hay varias teorías que pretenden explicar el aumento en la fiscalización de FCPA. Una de ellas es que la ley Sarbanes Oxley (2002) requirió mayores certificaciones a los CEOs y CFOs para garantizar la fidelidad de los informes financieros y contables. Pero lo que está claro es que hubo un cambio notorio de las autoridades norteamericanas en cuanto a priorizar, y aumentar considerablemente los recursos destinados para fiscalizar, la normativa FCPA.

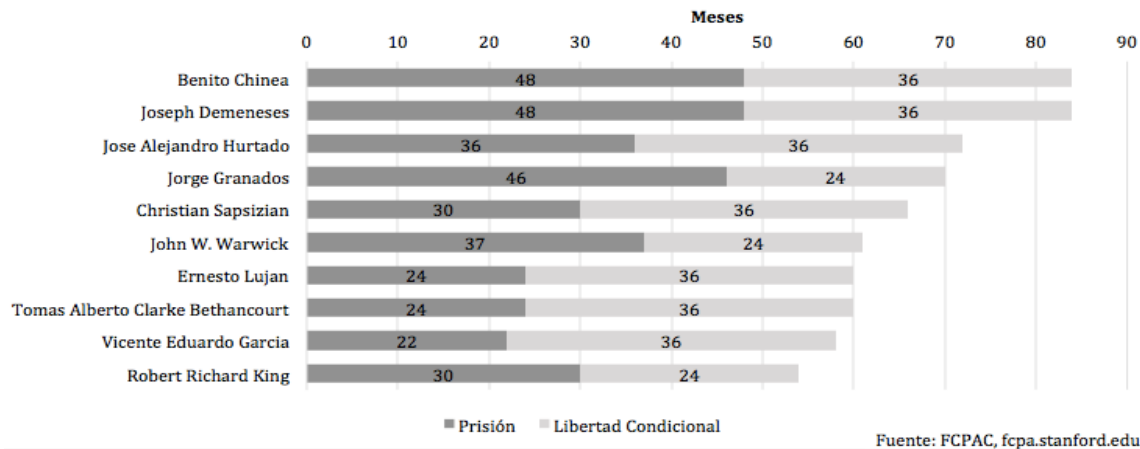
cantidad de infracciones han tomado lugar en México (12), Argentina (10), Brasil y Venezuela (8 cada uno). En total, los casos se reparten en 12 países.

Gráfico 3: Casos de FCPA en América Latina, 2006-2016



Las consecuencias de infringir las normas FCPA son muy severas. Más abajo se encuentran las 10 condenas privativas de libertad más largas a individuos, además de las diez multas más altas a empresas e individuos, por infracciones de FCPA en América Latina.

Gráfico 4: Las 10 Condenas Privativas de Libertad Más Altas por FCPA (América Latina)



De las 10 condenas más altas, hay cinco que involucran a individuos envueltos en el caso de “*Direct Access Partners*” o “DAP”, una corredora de bolsa ubicada en Nueva York con sucursal en Miami, condenados por la corte federal del distrito sur de NY (“S.D.N.Y.”) por sobornos pagados entre 2009 y 2012 a una ejecutiva del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), María de los Ángeles González. El plan de sobornos generó más de 60 millones de dólares en pagos para DAP mediante el negocio de operaciones de bonos que la funcionaria del Banded asignó a la empresa.²⁵

Los otros cinco casos corresponden a las siguientes personas:

- Jorge Granados, el ex-CEO y Presidente de Latin Node, una empresa ubicada en Miami, que proveía servicios de telecomunicaciones. La corte federal del distrito sur de Florida lo condenó en 2011 por el pago de sobornos entre 2003 y 2005 (\$500,000 dólares) a funcionarios públicos de Hondutel, la empresa estatal de telecomunicaciones de Honduras.²⁶
- Christian Sapsizian, el ex-ejecutivo de *Alcatel CIT, S.A.*, una subsidiaria de la empresa francesa Alcatel, también en el rubro de las telecomunicaciones. La corte federal del distrito sur de Florida lo condenó en 2008 por el pago de sobornos entre 2000 y 2004 (un total US\$2.56 millones de dólares) a un funcionario público del Instituto Costarricense de Electricidad (“ICE”), la empresa estatal de telecomunicaciones de Costa Rica.²⁷
- John W. Warwick, el ex-Presidente de una empresa de la industria portuaria (“PECC”). En 2010 se declaró culpable en un caso ante la corte federal del distrito este de Virginia por el pago de sobornos entre 1997 y 2003 (más de \$200 mil dólares de EEUU) a funcionarios públicos de Panamá.²⁸
- Vicente Eduardo García, el ex-Director Regional de América Latina y el Caribe de SAP Internacional (ubicada en Miami), subsidiaria de SAP, una empresa alemana proveedora de servicios de tecnología. En 2015 se declaró culpable en un caso ante la corte federal del distrito norte de California por el pago de sobornos entre 2009 y 2013 a un funcionario público de Panamá (\$145 mil dólares de EEUU) y por ofrecer sobornos a otros dos funcionarios públicos, con el objetivo de obtener contratos de prestación de servicios de software con el gobierno de Panamá.²⁹

²⁵ Benito Chinae (ex CEO), Joseph Demeneses (ex “*Senior Officer*”), Jose Alejandro Hurtado (ex “*Associate*”), Ernesto Lujan (ex “*Managing Director Global Markets Group*”), Tomas Alberto Clarke Bethancourt (ex “*Senior VP Global Markets Group*”) fueron todos condenados a penas de prisión y multas respectivas. Ver *United States of America v. Benito Chinae, et al.*, (2015) y *United States v. Jose Alejandro Hurtado* (2015), *United States of America v. Tomas Alberto Clarke Bethancourt* (2015)

²⁶ Ver *United States of America v. Jorge Granados, et al.* (2011)

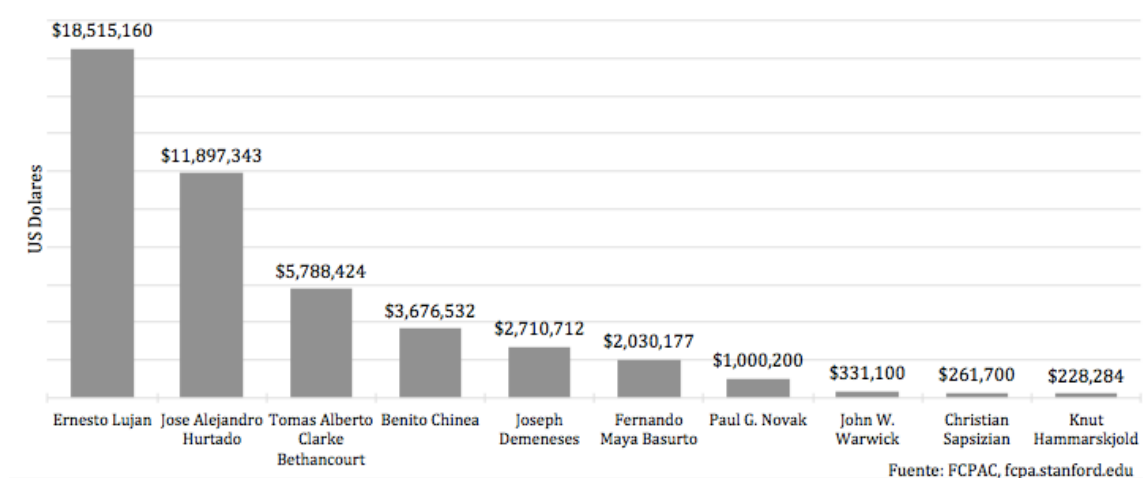
²⁷ Ver *United States of America v. Cristian Sapsizian, et al.* (2008)

²⁸ Ver *United States of America v. John W. Warwick* (2010)

²⁹ Ver *United States of America v. Vicente Eduardo Garcia* (2015)

- Robert Richard King, un ex-accionista de Owl Securities Investment, una empresa involucrada en un proyecto de concesión de desarrollos inmobiliarios en Costa Rica. En 2015, fue condenado por la corte federal del distrito oeste de Missouri por pagar y ofrecer pagar sobornos (incluyendo una oferta de \$1.5 millones de dólares de EEUU, la que nunca se concretó) a funcionarios públicos de Costa Rica.³⁰

Gráfico 5: Las 10 Multas Más Altas a Individuos por FCPA (América Latina)



Al igual que los casos señalados en el Gráfico 4, cinco de las diez mayores multas a individuos por infracciones de FCPA en América Latina le corresponden a individuos involucrados en el caso DAP de Venezuela. Los casos de John W. Warwick y Christian Sapsizian (ambos por infracciones en Costa Rica) también incluyen dos de las multas más grandes. Los tres casos restantes corresponden a los siguientes individuos:

- Fernando Maya Basurto, un empresario mexicano de la filial ABB Network Management, con matriz en Suiza y filial en EEUU, se declaró culpable en un caso ante la corte federal del distrito sur de Texas por el pago de sobornos entre 1997 y 2004, incluyendo pago de porcentajes de ingresos de la empresa, a funcionarios públicos de la Comisión Federal de Electricidad de México, a cambio de contratos como la instalación del sistema informático del despacho de electricidad del Centro Nacional de Control de Energía.³¹
- Paul G. Novak, un consultor para la empresa Willbros International Inc., una sociedad panameña con sede en Houston (Texas) que prestaba servicios de construcción, ingeniería y otros servicios en la industria de gas y petróleo, se declaró culpable ante la corte federal del distrito sur de Texas por el pago de

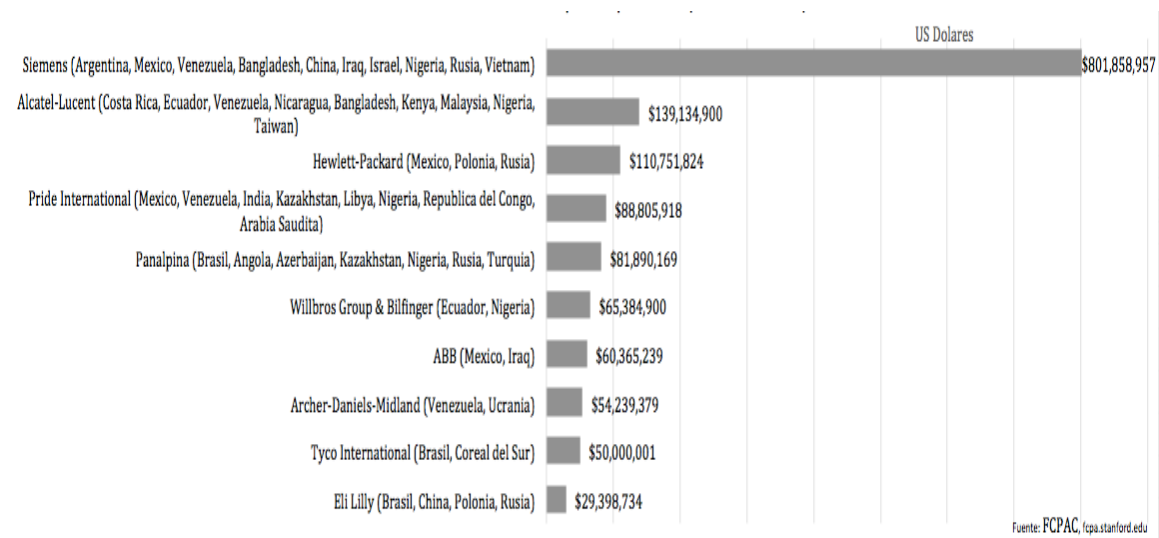
³⁰ Ver *United States of America v. Robert Richard King et al. (2002)*

³¹ Ver *United States of America v. Fernando Maya Basurto (2012)*

sobornos entre 2003 y 2005 a funcionarios públicos de Nigeria, pero también por sobornos de \$300,000 dólares a funcionarios públicos de PetroEcuador, la empresa estatal de petróleo de Ecuador y su subsidiaria, PetroComercial³².

- Knut Hammarskjold, el ex-CEO de PetroTiger, una empresa de gas y petróleo incorporada en las islas vírgenes británicas con operaciones en Colombia y oficinas en New Jersey, se declaró culpable ante la corte federal del distrito de New Jersey por el pago de sobornos en 2010 (\$333,500 dólares) a funcionarios públicos de Ecopetrol, la empresa nacional de petróleo de Colombia³³.

Gráfico 6: Las 10 Multas Más Altas a Empresas por FCPA (América Latina)



La ley FCPA establece multas tanto penales como civiles a individuos y empresas, las que pueden ser muy onerosas. Como dijimos anteriormente, las autoridades ya han recaudado más de \$8.000 millones de dólares en multas por infracciones FCPA. En América Latina, los casos involucran mayoritariamente a empresas multinacionales que han cometido infracciones de FCPA en la región.

Uno de los casos más emblemáticos es el de la empresa alemana Siemens, que involucró sobornos a nivel global, incluyendo pagos corruptos en Argentina, México y Venezuela. La multa impuesta a Siemens en los Estados Unidos fue por más de \$800 millones de dólares.

- En Argentina, los sobornos se hicieron para obtener el contrato de licitación del nuevo documento nacional de identidad (un proyecto de mil millones de dólares). Entre 1997 y 2007, Siemens Argentina pagó \$15.725.000 de dólares directamente a entidades controladas por funcionarios públicos de la

³² Ver *United States of America v. James K. Tillery, et al.* (2009)

³³ Ver *United States of America v. Knut Hammarskjold* (2014)

Argentina, \$35.150.000 de dólares a “Siemens Consulting Group”, un grupo de entidades repartidas por América Latina y controladas por un director de Siemens Argentina, cuyo objetivo era repartir dinero a funcionarios públicos en Argentina, y por lo menos \$54.908.000 de dólares a otras entidades³⁴.

- En Venezuela, los pagos corruptos fueron hechos entre 2001 y 2007, e involucraron dos proyectos de infraestructura: Metro Valencia, un proyecto para diseñar y construir un sistema de transporte masivo subterráneo, un ferrocarril metropolitano para servir a la ciudad de Valencia (\$240 millones de dólares); y Metro Maracaibo, un proyecto parecido en la ciudad de Maracaibo (\$100 millones de dólares). En total, Siemens Venezuela pagó \$18.782.965 de dólares a consultores con el entendimiento de que el total o parte de esos pagos pasarían a funcionarios públicos venezolanos para obtener y retener los proyectos de transporte.³⁵
- En México, Siemens pagó \$2.6 millones de dólares a un gestor que a su vez entregó dinero a un funcionario público de Petróleos Mexicanos (Pemex) para ayudar en un arreglo de una disputa por sobrecostos en obras de modernización de refinerías.

Y lamentablemente ahora que América Latina pareciera estar envuelta en un escándalo de corrupción tras otro³⁶, quizás destapada por una mayor apertura y transparencia impulsada en parte por una ciudadanía más informada³⁷, por medios de comunicación social más activos, y donde también se ha apreciado el surgimiento de una clase media que está reclamando cada vez más fuertemente en contra de la corrupción de su clase política y exigiendo justicia. Los casos de Petrobras en Brasil; WalMart, OHL, ICA-Alstom-Carso y Grupo Higa en México³⁸; el caso “La Línea” por corrupción aduanera en Guatemala, que tumbó al Presidente de ese país³⁹; de PDVSA en Venezuela; las múltiples acusaciones de corrupción en Argentina⁴⁰; en Chile el caso Caval involucrando acusaciones en contra de la nuera de la Presidente de ese país⁴¹ y el caso de la empresa minera SQM, involucrando pagos políticos ilegales⁴²; además de la reciente publicación de los “Papeles de Panamá”⁴³, indican una posibilidad que los casos de FCPA vayan a seguir multiplicándose en la región.

³⁴ Ver *United States v. Siemens S.A. (Argentina)*(2008)

³⁵ *United States Of America v. Siemens, S.A. (Venezuela)* (2008)

³⁶ Ver <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/04/27/kickbacks-dirty-deals-and-more-the-corruption-scandals-plaguing-latin-america/>

³⁷ Ver https://www.washingtonpost.com/world/the-americas/as-latin-americas-citizens-become-empowered-corrupt-leaders-come-under-fire/2016/04/27/59b5cf9a-064d-11e6-bfed-ef65dff5970d_story.html?tid=a_inl

³⁸ Ver <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/casos-de-corrupcion-corporativa-en-mexico.html>

³⁹ Ver

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150507_guatemala_corrupcion_escandalo_vicepresidenta_baldetti_jp

⁴⁰ Ver http://www.clarin.com/opinion/corrupcion-sistema-Kirchner_0_1564643525.html

⁴¹ Ver <http://ciperchile.cl/tag/caval/>

⁴² Ver <http://ciperchile.cl/tag/sqm/>

- El caso Petrobras en Brasil es sin duda el caso de corrupción de mayor perfil, ya que involucra sobornos por miles de millones de dólares durante una docena de años, y está remeciendo hasta los más altos cimientos políticos de dicho país. Una extensa lista de empresarios y políticos ya han sido condenados en Brasil y el caso está bajo investigación por el DOJ y la SEC (Petrobras es un emisor de valores en EEUU), pudiendo llegar a convertirse en la empresa con la mayor multa por infracción de FCPA en la historia, algunos estimando la misma en US\$1.600 millones de dólares o más.⁴⁴.
- El caso de Wal-Mart en México, donde hubo un esquema de sobornos de parte de la gerencia de Walmart México para cambiar la zonificación y obtener permisos para construir tiendas, ha tenido repercusiones muy fuertes no sólo en México, sino que también en su matriz en EEUU, donde ya han gastado más de seiscientos cincuenta millones de dólares sólo en costos legales, y todavía se esperan sanciones por parte del DOJ o la SEC.⁴⁵.
- Petróleos de Venezuela (“PDVSA”), la empresa estatal de petróleo de ese país, también ha estado sujeta a investigaciones del DOJ por infringir normas de FCPA, y este año ya se han anunciado condenas por corrupción tanto a individuos que han pagado, como a funcionarios de PDVSA que han recibido dichos pagos.⁴⁶. Además, hay otras investigaciones pendientes involucrando a bancos suizos por lavado de dinero en casos de corrupción.⁴⁷.
- A principios de este año, se anunció un acuerdo entre la SEC e Ignacio Cueto Plaza, el CEO de LAN Airlines, subsidiaria de “LATAM Airlines Group” (la compañía aeronáutica más grande de América Latina). Ignacio Cueto Plaza es el primer ciudadano chileno sancionado por una infracción de FCPA. En este caso, la sanción es por el pago, hace 10 años, de US\$1.15 millones a un consultor y funcionario público en Argentina, destinados a terminar con disputas sindicales en ese país.⁴⁸.
- El destape reciente de los “Papeles de Panamá”, que involucran la mayor filtración de documentos de la historia, en este caso del despacho de abogados panameño Mossack Fonseca, ya tiene a varios mandatarios y funcionarios públicos implicados en cuentas “offshore” y con posibles

⁴³ Ver <https://panamapapers.icij.org/>

⁴⁴ Ver <http://www.reuters.com/article/us-brazil-petrobras-corruption-idUSKCN0QN0BB20150818>

⁴⁵ Este caso ha tenido mucha exposición mediática, en parte porque el New York Times publicó una serie de reportajes sobre esta historia, ganando incluso el premio Pulitzer. Ver <http://www.nytimes.com/interactive/business/walmart-bribery-abroad-series.html? r=0>

⁴⁶ Ver <https://www.justice.gov/opa/pr/miami-businessman-pleads-guilty-foreign-bribery-and-fraud-charges-connection-venezuela>

⁴⁷ Ver <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-24/swiss-banks-land-in-middle-of-money-laundering-probe-again? ga=1.159380024.34324212.1460767315>

⁴⁸ Ver <https://www.sec.gov/litigation/admin/2016/34-77057.pdf>

vínculos a casos de corrupción. Tanto la SEC⁴⁹ como el DOJ⁵⁰ han anunciado que van a investigar más detenidamente estos casos, por lo que no se descartan nuevas demandas por infracciones de FCPA.

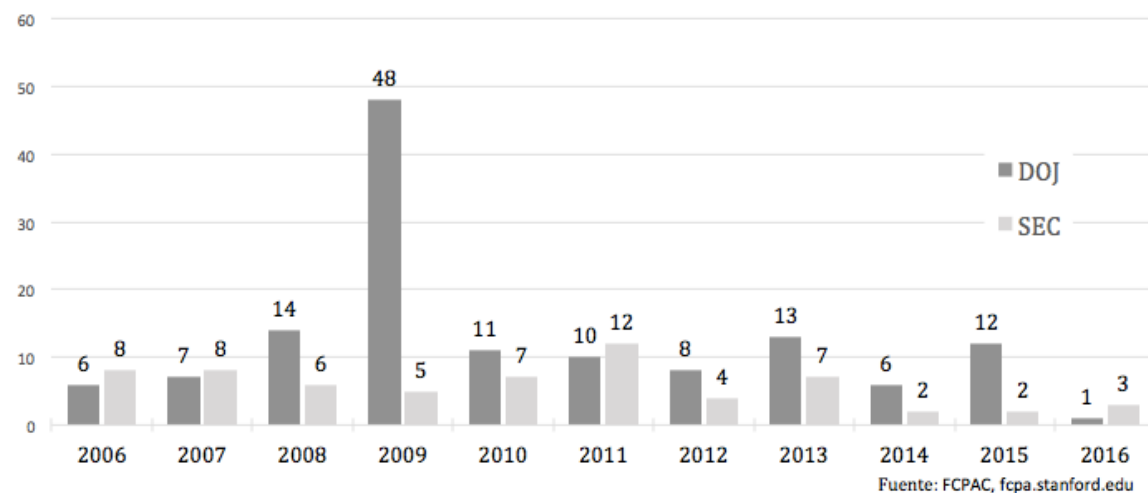
Nuevo “Programa Piloto” del DOJ para Auto Denuncias en casos FCPA⁵¹.

Con el fin de intensificar sus esfuerzos para combatir la corrupción de funcionarios extranjeros, la Sección de Fraudes del DOJ acaba de anunciar a través de un memorándum (“Memo” o “Guía”) un nuevo “Programa Piloto” de auto-denuncia, con vigencia de un año a partir del 5 de abril de 2016, al que se pueden acoger las empresas que hayan infringido la normativa FCPA (el “Programa”).⁵²

El Programa está enmarcado dentro de la estrategia del DOJ para poder detectar y perseguir a personas y entidades que infrinjan la normativa FCPA.

El Programa también se agrega al memorándum del DOJ del 9 de septiembre de 2015.⁵³ (“Yates Memo”) que establece una mayor prioridad en perseguir a individuos (no tan sólo a empresas) que infrinjan las normas de FCPA. En este sentido, el DOJ está enfocado en perseguir la responsabilidad individual, como se puede apreciar en los siguientes gráficos de los períodos entre 2006 y 2016, y el año 2015 en particular:

Gráfico 7: Individuos demandados por DOJ y SEC, 2006-2016



⁴⁹ Ver <http://www.reuters.com/article/us-panama-tax-usa-corruption-idUSKCN0X400Z>

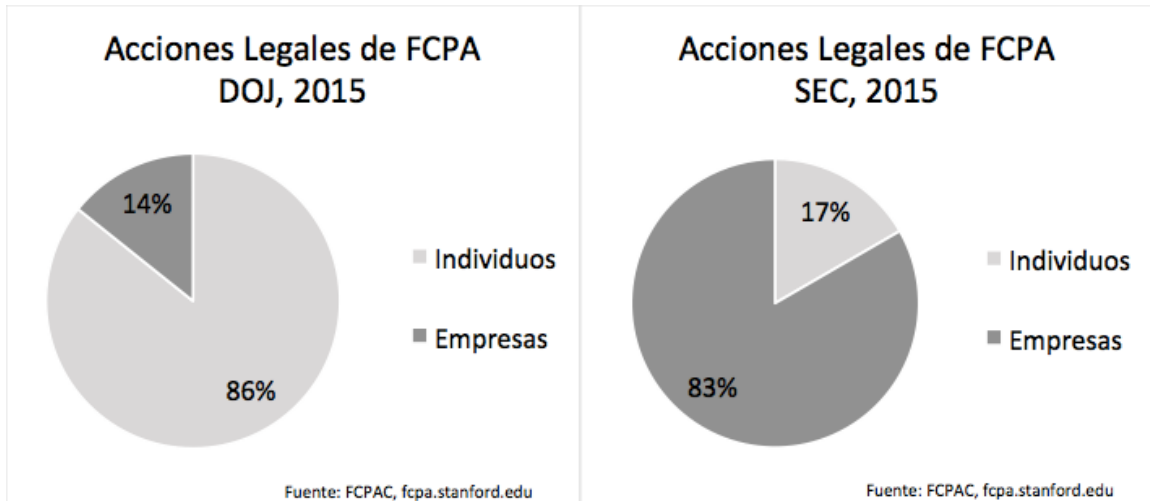
⁵⁰ Ver <http://www.theguardian.com/business/2016/apr/19/panama-papers-us-justice-department-investigation-tax-avoidance>

⁵¹ Ver supra. Programa Piloto y Guía.

⁵² El Programa es aplicable sólo para la Unidad de FCPA de la Sección de Fraudes del DOJ, y no para otras secciones del DOJ u otras agencias gubernamentales (como la SEC). Al término del programa piloto, el DOJ decidirá si prorrogará el Programa o si lo modificará a la luz de sus resultados.

⁵³ Ver <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>

Gráfico 8: Acciones Legales por DOJ y SEC en contra de individuos y empresas, 2015



El Memo establece tres medidas para combatir las infracciones FCPA:

- 1) Aumento de recursos para detectar y perseguir individuos y empresas que infrinjan la normativa FCPA.

El DOJ señala “*como su primer y más importante paso para combatir las infracciones de FCPA*” el aumento de sus recursos destinados para enfrentar estas conductas ilícitas. Para estos efectos, la Sección de Fraudes del DOJ incrementó en más de 50% la cantidad de fiscales destinados exclusivamente a perseguir infracciones de FCPA, agregando 10 fiscales más a su “*Unidad FCPA*”. El Memo también señala que se han creado tres escuadras nuevas de agentes de la FBI con dedicación exclusiva a las investigaciones y demandas de FCPA.

- 2) Mayor coordinación internacional.

El DOJ también anunció que está fortaleciendo la coordinación con sus pares internacionales para sancionar a empresas e individuos que incurran en corrupción e infracciones de FCPA. Esta mayor colaboración, que incluye el traspaso de información en investigaciones, e intercambio de documentos y testigos, ya ha logrado una serie de condenas y multas a varios individuos y empresas, como se puede desprender de los casos Archer Daniels Midland, Alcoa, Alstom, Dallas Airmotive, Hewlett-Packard, IAP, Marubeni, Vadim Mikerin, Parker Drilling, PetroTiger, Total y VimpelCom, entre otros.

- 3) La creación de un nuevo programa piloto de auto-denuncia o entrega de información voluntaria (“Programa”).

El principal objetivo del nuevo Programa es proveer una mayor transparencia sobre las políticas de fiscalización del DOJ e incentivar a que las empresas informen voluntariamente y auto-denuncien sus infracciones de FCPA, cooperen con el DOJ y remedien cualquier falta o defecto en sus controles y sistemas de cumplimiento (“*compliance*”).

A través del Programa, el DOJ busca transparentar una política de incentivo al otorgar (por primera vez explícitamente) una estructura más clara de los beneficios otorgados (“créditos de mitigación”) y los requisitos necesarios para acogerse a dichos beneficios.

Requisitos para acogerse a los beneficios otorgados por el Programa

Para poder acogerse a los beneficios del Programa, el Memo señala que las empresas deben cumplir con tres requisitos: i) hacer una auto-denuncia o informar voluntariamente las infracciones de FCPA, ii) cooperar totalmente con el DOJ (“*full cooperation*”) y iii) remediar las infracciones en tiempo y forma adecuada.

i) Auto-denuncia o informar voluntariamente sobre infracciones FCPA.

El Programa busca incentivar a que las empresas que hayan infringido normas de FCPA procedan a hacer una auto-denuncia o informen voluntariamente sobre sus infracciones al DOJ. Para que las empresas se acojan a los beneficios del Programa, la información entregada debe cumplir con los siguientes requisitos⁵⁴:

- a) Debe ser hecha “*antes de una inminente solicitud de información o investigación gubernamental*”;
- b) Debe ser entregada “*en un tiempo razonablemente corto después de tomar conocimiento de la infracción*”, y la carga de la prueba le corresponde a la empresa para demostrar razonabilidad de tiempo en la entrega de dicha información;
- c) La empresa debe “*informar sobre todos los hechos relevantes que tengan conocimiento, incluyendo todos los hechos que involucren a las personas naturales, relacionada a su(s) infracción(es) de FCPA*”

ii) Cooperación con el DOJ

El Memo establece que “*la coordinación toma muchas formas*”⁵⁵ y que, en general, la Sección de Fraude del DOJ “*debe evaluar el alcance, cantidad, calidad y tiempo de la*

⁵⁴ La entrega de información que sea requerida “*por ley, acuerdo o contrato*” no califica para acogerse a los beneficios de este Programa.

⁵⁵ El DOJ también reconoce que “*no espera que una empresa pequeña conduzca una investigación exhaustiva en un período corto de tiempo de la misma manera que lo haría una empresa del Fortune 100*” pero que “*se espera una investigación apropiadamente estructurada para que [la empresa] reciba todos los créditos de cooperación*”.

cooperación basada en las circunstancias de cada caso”. Pero para acogerse a los beneficios (“créditos por cooperación”), la empresa debe hacer lo siguiente:

- a) Informar voluntariamente a tiempo sobre *“todos los hechos relevantes de la(s) infracción(es)”* incluyendo todos los hechos *“que involucren a ejecutivos, empleados y agentes”*.⁵⁶;
- b) *“Cooperar proactivamente”*, esto es, la empresa debe informar sobre hechos que sean relevantes a la investigación, aún cuando no sea requerida específicamente para ello por las autoridades, y debe *“identificar oportunidades”* para que las autoridades obtengan pruebas relevantes que no estén en posesión de la empresa, y que no sean conocidas de otro modo por las autoridades;
- c) *“Preservar, coleccionar e informar sobre todos los documentos relevantes e informar respecto de su origen”*;
- d) *“Informar sobre las actualizaciones de las investigaciones internas de la empresa”* a medida que vayan sucediendo (*“rolling information”*);
- e) En caso de solicitarse, debe de-conflictuar (*“de-conflict”*) las investigaciones internas de la empresa con la investigación del DOJ.⁵⁷;
- f) Proveer todos los hechos relevantes de conductas ilícitas por parte de otras empresas (incluyendo sus ejecutivos o empleados) o terceros (incluyendo individuos);
- g) En caso de solicitarse, facilitar al DOJ la posibilidad de entrevistar a los ejecutivos y empleados que posean información relevante incluyendo, donde sea apropiado y posible, ejecutivos y empleados que se encuentren en el extranjero así como también ex ejecutivos y empleados (sujeto a los derechos de la Quinta Enmienda de la Constitución de EEUU);
- h) Informar sobre todos los hechos relevantes que se hayan recogido por investigaciones internas de la empresa, incluyendo atribución de hechos a fuentes específicas donde tales atribuciones no infrinjan el privilegio de cliente-abogado;
- i) Informar sobre documentos en el extranjero, el lugar donde se encontraron y quién los encontró (salvo cuando contravenga el derecho extranjero). En caso que la empresa se niegue a entregar esta información invocando prohibición por derecho extranjero, la carga de la prueba le corresponde a la empresa. No obstante la empresa *“debe trabajar diligentemente para identificar todas las bases legales disponibles para proveer tales documentos”*;
- j) Salvo que esté legalmente prohibido, *“facilitar la producción de documentos y testigos por parte de terceros en jurisdicciones extranjeras”*;
- k) *“En caso de solicitarse y donde sea apropiado, proveer de traducciones de todos los documentos relevantes que estén en idioma extranjero”*

⁵⁶ Aquí se invoca el *“Yates Memo”* nuevamente, en el sentido que se busca priorizar la responsabilidad individual de los infractores.

⁵⁷ *“El DOJ se reserva los derechos de insertarse – y vetar – las determinaciones de los abogados externos a cargo de la investigación interna en cuanto a potenciales conflictos”*. Ver <https://www.foley.com/doj-fraud-section-offers-super-credit-in-fcpa-pilot-program-04-07-2016/>

iii) Remediación en tiempo y forma adecuada

Para que una empresa se acoja a los “créditos por remediación”, debe cumplir con todos los requisitos de cooperación. Una vez acreditados los requisitos anteriores, la empresa debe cumplir con los siguientes tres requisitos:

- a) *“Implementar un programa efectivo de ética y cumplimiento”*, cuyos criterios serán periódicamente revisados. Estos criterios que pueden variar dependiendo del tamaño y los recursos de la empresa, pero en todo caso deben incluir lo siguiente:
 - a. El establecimiento de una *“cultura de cumplimiento”* (*“culture of compliance”*);
 - b. Dedicación de recursos suficientes a las funciones de cumplimiento;
 - c. Contratar empleados calificados y experimentados para dichas funciones;
 - d. La función de cumplimiento debe ser independiente;
 - e. La empresa deberá hacer un análisis de riesgos efectivo y su programa de cumplimiento deberá ser diseñado basado en dicho análisis;
 - f. Un procedimiento para establecer cómo el equipo y los funcionarios de cumplimiento serán compensados y promovidos en relación con otros empleados;
 - g. Una función de auditoría para asegurarse de la eficiencia del programa de cumplimiento; y
 - h. El establecimiento de una estructura de reporte para funcionarios de cumplimiento en la empresa.
- b) Establecer un procedimiento para disciplinar apropiadamente a los empleados identificados por la empresa como los responsables de las infracciones de FCPA; y
- c) Tomar *“cualquier paso adicional”* para demostrar el *“reconocimiento de la seriedad de la infracción cometida, aceptación de responsabilidad por dichas conductas, y la implementación de medidas para reducir el riesgo de repetición de tales conductas”*.

Beneficios para las empresas que se acojan al nuevo Programa

En caso de cumplirse todos los elementos señalados arriba (auto-denuncia o entrega de información voluntaria, cooperación total con el DOJ y remediación en tiempo y forma adecuada), la empresa podrá calificar para obtener el *“rango total de potenciales créditos de mitigación,”* que podrán incluir lo siguiente:

- 1) Una reducción de hasta 50% del rango de multas señaladas por dichas infracciones en las "*Sentencing Guidelines*"⁵⁸;
- 2) La no designación de un monitor de cumplimiento a la empresa, siempre y cuando al tiempo de la sentencia, la empresa haya implementado un programa de cumplimiento eficiente; y
- 3) Una "*declinación*" a ser demandados por el DOJ. Para esta medida, los fiscales del DOJ deben tomar en consideración varios intereses contrapuestos, como por ejemplo la seriedad de la infracción, si los ejecutivos principales de la empresa están involucrados en la(s) infracción(es), la cantidad de ganancias obtenidas por la empresa en relación a su tamaño y utilidades, la conducta anterior de la empresa en temas de cumplimiento, y cualquier resolución anterior entre el DOJ y la empresa en los últimos cinco años.

Para calificar para estos beneficios, la empresa también estará obligada a devolver todas las ganancias o utilidades obtenidas por su infracción de FCPA ("*disgorgement*").

El Memo también señala que de no haber auto-denuncia o entrega de información voluntaria, pero si cooperación total con el DOJ y remediación por parte de la empresa, el crédito de remediación será "*a lo más*" una reducción de 25% del rango de multas señaladas por dichas infracciones en las "*Sentencing Guidelines*".

Conclusión

La lucha contra la corrupción internacional de funcionarios públicos no es una novedad per se. Lo que si ha cambiado es la dedicación y el aumento de recursos destinados por las autoridades norteamericanas para fiscalizar agresivamente estas conductas ilegales a través de la aplicación estricta de la ley FCPA. Y esta fiscalización no sólo está dirigida en contra de individuos y entidades de los Estados Unidos, sino que también en contra de individuos y entidades extranjeras aún cuando su conexión con los Estados Unidos sea relativamente leve o tenue. De hecho, las empresas extranjeras han estado sujetas a una fiscalización particularmente fuerte y de las 10 multas más altas impuestas en los Estados Unidos por infracciones de FCPA, ocho corresponden a empresas no norteamericanas.

En América Latina, se cuentan 54 casos de FCPA interpuestos por el DOJ y la SEC en los últimos diez años. Si bien la mayoría de los casos se han dado en México (12), Argentina (10), Venezuela (8) y Brasil (8), los casos se reparten en 12 países de la región. Y es muy posible que los casos por infracciones de FCPA aumenten considerando la mayor fiscalización de las autoridades norteamericanas, su mayor destinación de recursos para detectar estas infracciones y la mayor colaboración entre las autoridades regionales en la lucha contra la corrupción.

⁵⁸ La "*United States Sentencing Guidelines*" establece una reducción en las multas para empresas que voluntariamente informen sobre conductas criminales, cooperen con las autoridades y asuman su responsabilidad por su conducta.

Para estos efectos, el DOJ acaba de anunciar un nuevo Programa para proveer una mayor transparencia sobre su política de fiscalización y así incentivar a que las empresas auto-denuncien o informen voluntariamente al DOJ sobre sus infracciones de FCPA, cooperen con el DOJ, y remedien cualquier falta o defecto en sus controles y sistemas de cumplimiento. El Programa es un esfuerzo por parte del DOJ de explicitar una política ya existente de otorgar beneficios por auto-denuncias, la que se agrega a su política anunciada en septiembre del año pasado de priorizar la persecución de responsabilidad individual por estas faltas.⁵⁹.

Todavía es muy temprano para juzgar el éxito que tendrá este Programa, pero preliminarmente no pareciera ofrecer muchas ventajas en relación a lo que existía antes, ya que no sólo se tienen que cumplir una serie de requisitos muy estrictos para acceder a los beneficios, sino que también queda bajo el criterio condicional del DOJ otorgar los beneficios respectivos. Pero de todas formas, el mensaje para los directores y ejecutivos de empresas latinoamericanas es claro: si hacen pagos corruptos a funcionarios públicos extranjeros, las autoridades norteamericanas estarán llanas y dispuestas a demandar por infracciones de FCPA. Y con un balance de más de 600 demandas en contra de individuos y empresas, más de 50 personas en prisión, y más de \$8.000 millones de dólares en multas recaudadas a la fecha, pareciera que la fiscalización y las sanciones por FCPA sólo irán en aumento.

⁵⁹ Ver supra. Yates Memo.